

## 网络中立管制的法律困境及其出路

——以美国实践为视角

吴亮

**内容提要:**网络中立管制的本质是要求互联网平等对待网络内容和访问者,其核心是“透明性”、“禁止屏蔽”、“禁止不当歧视”。网络中立管制面临着两难困境:政府如果听任网络运营商、服务商的流量限制、付费优先权等差别对待行为,就会损害互联网的创新、平等、非歧视以及言论自由环境。但是如果严格监管,也可能损害互联网产业的发展和消费者整体利益。美国围绕《维护互联网开放性指令》的合法性争议,集中体现了网络中立管制面临的法律困境。2014年威瑞森案及其后续发展表明,美国针对该困境的解决对策是:在经济层面采取“原则管制,例外不管制”模式,在非经济层面采取“言论提供者的言论自由优先于言论传输者”模式。我国也有必要引入网络中立管制管理差别对待现象,将网络中立管制的若干规则引入互联网立法,建立健全对违反网络中立行为的长效执法监管机制,限制运营商、网络服务商的信息言论审查权,强化平等透明的网络服务机制。

**关键词:**威瑞森案 网络中立管制 网络运营商 差别对待

吴亮,华东理工大学法学院副教授。

网络究竟是类似于道路等公共设施,应当对所有网络内容和访问者一视同仁和平等对待,还是可以像商业服务那样,允许网络运营商(ICP)或网络服务商(ISP)对不同的信息与应用服务实施差别对待?对于这个问题,存在着网络数据传输应否保持中立的争论。网络中立(Network Neutrality)的支持者认为所有网络用户在合法性范围内,可以自由选择接入设备和运营商、访问网络内容、运行应用程序。这一原则要求政府严格管制运营商的差别对待,防止其为追求商业利益而干扰网络的开放环境。反对者则认为网络中立管制未必能促进科技创新和提升消费者福利,并有侵犯运营商的媒体自主权、言论自由之嫌。

美国围绕《维护互联网开放性指令》的合法性争议,集中体现了这两种进路的对立与

冲突,凸显出网络中立管制面临的法律困境。联邦通讯委员会(简称 FCC)通过 2011 年制定、2015 年修订的《维护互联网开放性指令》,力主推行网络中立管制。但在 2014 年威瑞森案中,联邦巡回上诉法院却给出否定回答,判决《维护互联网开放性指令》违法无效。<sup>[1]</sup> 网络中立管制的议题不仅牵动科技创新与产业发展,也必将对今后的全球互联网发展带来深远影响。我国近年来“奇虎 360 插标案”、“微信封杀”、“百度竞价排名”等互联网恶性竞争事件频发,社会各界要求引入网络中立管制的呼声日高。对于这个议题进行梳理与分析,有助于理解国家应如何介入与管制互联网领域的私人活动,建构科学理性的网络监管体制。

## 一 网络中立管制的两难困境： 《维护互联网开放性指令》的合法性之争

### (一) 网络中立管制的尝试：《维护互联网开放性指令》

网络中立管制形成于最近十年间,其出发点是解决科技发展所带来的市场失灵问题。互联网由实体层、逻辑层和内容层组成,分别涵盖了基础设施、软件和应用服务、信息资讯三个层次。<sup>[2]</sup> 与此对应,互联网主体也包括三个:一是控制着实体层的运营商,即提供网络接入、信息服务和增值业务的中介机构,如中国电信、联通、移动三巨头。二是控制着逻辑层和内容层的网络内容提供者,即提供信息资讯的个人和网络服务商(ISP),如发帖者、APP 客户端、微博、微信等。三是消费者,即上网浏览的网民。随着网络宽带技术的突破,视频、声像等新兴多媒体进入互联网并带来巨大商机。但是这些应用服务耗流量很大,给电信基础设施带来巨大挑战,屡屡导致网络堵塞。运营商需要投资扩建基础设施,并希望向网络内容提供者、消费者分摊成本。同时,新兴应用服务的大多数盈利都流向网络内容提供者,运营商也想借助在网络基础服务上的控制权获取更多盈利。因此,运营商对流经其线路的网络内容和访问者,采取如下的差别对待措施:一是流量限制,即限制 P2P 程序等特定用户的流量。<sup>[3]</sup> 二是付费优先权机制,即以提高服务品质为由向在线视频、网络电话等网络内容提供者收取费用,优先确保其流量不间断和顺畅。<sup>[4]</sup> 另外,运营商还对信息作过滤与控制。<sup>[5]</sup> 由于流量限制、付费优先权的前提是获悉信息数据的性质、内容、来源,因此,运营商常利用封包检测技术(DPI)审查数据的来源地、目的地乃至承载内容。

但是,运营商通过差别对待筛选信息损害网民权益的情况日益严重。如在 2010 年

[1] See *Verizon v. FCC*, No. 11 - 1355 (D. C. Cir. 2012).

[2] 参见李洪雷:《论互联网的规制体系》,《环球法律评论》2014 年第 1 期,第 22 页。

[3] Guo, H., Bandyopadhyay, S., (2010), "Net neutrality and vertical integration of content and broadband services", *Journal of Management Information Systems*, 27 (2):243 - 276.

[4] Ganley, P. & Allgrove, B. (2006). *Regulating the Internet Net neutrality: A user's guide*. Computer Law & Security Report, 22, 454 - 463.

[5] C. T. Marsden, *Net Neutrality Towards a Co-regulatory Solution*. New York: Bloomsbury Academic, 2010, p. 64.

“康卡斯特案”中,运营商暗中封阻网络电话 VoIP 用户的流量,受限用户却始终都不知情。<sup>[6]</sup> 在 2012 年“围墙花园”(walled garden)事件中,苹果公司为了推销其自产的视频应用程序,在新一代操作系统(iOS6)中阻止用户使用谷歌的 YouTube 程序。<sup>[7]</sup> 在 2005 年“麦迪逊河案”中,运营商删除对其抱怨与不满的 BBS 论坛帖子,并封杀发言者的 IP。<sup>[8]</sup> 其他的如:威瑞森公司为推广视频服务,屏蔽竞争对手奈飞(Netflix)的网站和谷歌的钱包软件(Google Wallet);美国 AT&T 公司为确保线路通畅,擅自阻断苹果的视频通话(Face-time)服务。种种事例表明,运营商挟其市场与技术优势实施差别对待,有可能剥夺消费者选择网络服务的自主权,削弱网络作为公共平台的开放性。

在此背景下,华裔法学教授吴修铭(Tim Wu)在 2002 年首先提出“网络中立”理念,要求运营商公平无歧视地提供传输服务,无条件地承载任何信息资讯与应用程序。内涵包括:一是内容中立,即运营商不得擅自筛选传输内容,并不得阻碍网民的自由表达和信息获得。二是价格中立,即不容许运营商在收取上网费后额外收费,造成价格方面的差别对待。三是发送者中立,即避免运营商对网络内容提供者、消费者进行优惠或歧视。四是信息诚信,即运营商应当为民众提供真实、全面、有意义的信息资讯,帮助其自由表达和充分交流。<sup>[9]</sup>

奥巴马政府对网络中立管制深表赞同,并于 2009 年《美国复兴与再投资法》(ARRA)中承诺建立“无差别对待”的互联网政策。联邦通讯委员会随即出台 2010 年《国家宽带发展计划》(NBP),重点关注宽带服务的分层收费规范化、实行无差别对待等问题。在此背景下,贯彻网络中立,防止差别对待损及互联网的开放与创新成为网络管制的发展趋势。

2010 年底,联邦通讯委员会以 3:2 的票数表决通过《维护互联网开放性指令》,<sup>[10]</sup> 建立起著名的“网络中立管制三原则”:<sup>[11]</sup> 一是“透明性”,即运营商及时披露网络服务信息,这反映出信息诚信的要求。该原则可促使运营商忠实履行社会责任,避免其刻意隐瞒、扭曲或者提供虚假信息。二是“禁止屏蔽”,即禁止对 P2P 程序、网络电话等特定用户进行封堵或者截流。该原则凸显出内容中立与发送中立的要求,防止运营商擅自筛选传输内容,或者阻碍网民发表言论、传送与获取合法信息。三是“禁止不当歧视”,即禁止运营商出于商业利益需要,对特定群体进行价格歧视。该原则体现了价格中立的要求,保障所有消费者都有分享网络资源的公平机会。

## (二)网络中立管制的合法性之争:威瑞森案及其后续发展

威瑞森(Verizon)公司是美国移动通讯业巨擘,也是全球最大的在线黄页信息提供商。2011 年 11 月,威瑞森公司在《维护互联网开放性指令》公布一周后就诉至法院,主张网络中立管制违法无效。指控理由包括:<sup>[12]</sup>

[6] *Comcast Corp. v. FCC*, 600 F.3d 642 (D. C. Cir. 2010).

[7] Ben Bajarin. "Why Competing with Apple is So Difficult". TIME. July 1, 2011.

[8] *Madison River Comms., LLC*, 20 FCC Rcd. 4295, 4297 (2005).

[9] 参见刘静怡:《网络中立性原则和言论自由》,《台大法学论丛》2012 年第 3 期,第 800 页。

[10] *The Open Internet Order*, 25 F. C. C. R. 17905 (2010).

[11] *FCC Report and Order-In the Matter of Preserving the Open Internet*, Report and Order, p. 53.

[12] *Verizon v. FCC*, No. 11 - 1355 (D. C. Cir. 2012). at 85 - 89.

第一,联邦通讯委员会没有法定管制权限。原告试着解释联邦通讯委员会对通信服务的管制权限,认为根据《电信法》和最高法院在康卡斯特案中的立场,网络宽带服务不属于《电信法》及其解释授予联邦通讯委员会的管辖范围。

第二,差别对待行为未必会损害整体的社会公益。在消费者对流量的需求膨胀、网络堵塞严重、网络服务商获利丰厚的现状下,限制流量、优先权等措施可以协调各主体之间的利益冲突,激发运营商对基础设施的投资热情,满足公众的需求。

第三,网络中立管制侵犯了运营商作为新媒体的言论自由。依据第一宪法修正案的言论自由保障条款,运营商与传统媒体一样享有对传播信息的控制、过滤和筛选等编辑裁量权。<sup>[13]</sup>“禁止屏蔽”和“禁止不当歧视”两项原则要求运营商恪守中立地位,侵犯了其自主传播特定信息资讯的言论自由。

哥伦比亚特区巡回上诉法院采纳了原告威瑞森公司的大多数控诉,并于 2014 年 1 月判定《维护互联网开放性指令》违法无效,运营商得以免受网络中立管制。在长达六十多页的判决理由中,法院对网络中立管制的合法性做出评判,并涵摄到本案当中。

第一,重申运营商无需承担共同载具义务。在《维护互联网开放性指令》生效之前,美国对互联网的管制远比电话电报、无线电通讯、有线电视等传统通讯机构要温和得多,运营商无需像其他通讯机构那样受到共同载具义务的拘束。共同载具义务是电信法的一项基本原则,要求公共服务提供者应为公民忠实、无条件地传输任何类型的信息资讯。<sup>[14]</sup>《电信法》第一章规定,信息资讯的有效流通对经济、社会发展具有重要意义,承运人不应滥行内容检查,歧视或者偏袒某些内容或信息。在拨号上网的网络发展早期,运营商也需遵守共同载具义务。但是为促进互联网的市场竞争与产业发展,联邦通讯委员会于 2002 年放松网络管制,解除运营商的共同载具义务,赋予其更大程度的自主权。<sup>[15]</sup>最高法院也在 2005 年“X 频道案”中,认可运营商不再承担共同载具义务,允许用市场价格来划定公民能否进入、使用互联网的资格门槛。<sup>[16]</sup>共同载具义务的实质是追求公民平等进入和使用网络,网络不得对任何个人、信息采取差别对待。这就与网络中立管制要求平等对待网络内容和访问者的理念非常接近。由于网络中立管制实际上恢复了运营商的共同载具义务,因此遭到了司法机构的质疑。

第二,联邦通讯委员会的管制权限不明确。美国自 1996 年修订《电信法》后,始终维持着电信服务与信息服务相互独立的二元管制架构。属于“基本服务”的电信服务肩负共同载具义务,并受联邦通讯委员会的直接管辖。属于“附加服务”的信息服务不仅无需承担共同载具义务,而且《电信法》也没有将对其的管辖权明确指定给联邦通讯委员会。<sup>[17]</sup>

[13] *Ashcroft v. ACLU*, 542 U. S. 656 (2004).

[14] Speta, J. B. (2002). A common carrier approach to interest interconnection. *Federal communications Law Journal*, 54, 226.

[15] Robert C. Atkinson, *Network Neutrality Overview*, 9th Annual Telecom, Cable and Wireless Conference, at 14 (Mar. 8 - 9, 2007).

[16] *Brand X Internet Services v. Federal Communications Commission*, 545 U. S. 967 (2005).

[17] Jon M. Peha, The Benefits and Risks of Mandating Network Neutrality, and the Quest for a Balanced Policy, 1 *INT. J. COMM.* 644, 644 - 668 (2007).

根据最高法院“X 频道案”判决,网络宽带服务属于信息服务,不受联邦通讯委员会的直接管辖。尽管联邦通讯委员会在抗辩中提出对信息服务具有补充管辖权,但是没有得到法院认可。法院认为,联邦通讯委员会虽然在法理上有权监管网络宽带服务,但是联邦通讯委员会还需进一步寻找明确的实定法依据。

第三,“禁止屏蔽”和“禁止不当歧视”等原则对运营商的限制程度过于严苛。目前尚无充分的证据显示消费者遭到现实、严重损害,因而网络中立管制显得过于严厉。作为基础设施所有者的运营商,有权通过分层服务和阶层化收费为自己盈利。判决书指出:“宽带和手机运营服务商不应当承担无条件传输任何类型、任何流量信息的普遍性义务。鉴于《维护互联网开放性指令》的管制过于严苛……因此撤销相关条款。”

除此以外,法院认为由于否定《维护互联网开放性指令》的理由已经足够,因此无须讨论网络中立管制是否违反言论自由保障的问题。这项裁决无疑是对网络中立支持者的一大打击。全美有线与电信协会主席迈克尔·鲍威尔批评该判决消除了网络商业运行与网费涨价的障碍,损害了消费者的整体利益。而且,法院认为联邦通讯委员会对网络宽带服务并无直接管辖权,意味着网络中立管制缺乏明确的法源,这将严重影响今后的网络监管。

联邦通讯委员会随后于2014年5月宣布拟放松网络中立管制,撤销原先的“禁止屏蔽”和“禁止不当歧视”等原则,允许运营商实行流量限制、优先权机制等差别对待。但是,此举招致众多网络中立支持者和社会民众的不满,多达300万民众向联邦通讯委员会写信支持网络中立管制。奥巴马也于2014年11月施压,强调网络中立管制是不可放弃的底线。经过这番波澜壮阔的运动,联邦通讯委员会不得不于2015年2月修改《维护互联网开放性指令》(简称“惠勒法案”),再度强调“不得封阻、不得限速、不得设置付费优先权?”,基本保留了网络中立管制。而且,移动宽带运营商不再受到特殊对待,也被完全纳入调整范围。<sup>[18]</sup>为解决管辖权的争议,“惠勒法案”解释了《电信法》第二章,把网络宽带服务定性为“电信服务”而纳入联邦通讯委员会的管辖,从而恢复了运营商的共同载具义务。运营商和共和党则指责管制尤其是价格监管的力度过严,会导致网络投资萎缩和网费上涨。威瑞森等公司已准备要诉至最高法院。同时,共和党议员提出了“电信法案第X条”的妥协方案,希望在原则承认网络中立管制的前提下,要求联邦通讯委员会放松管制的严格程度。迄今为止,网络中立管制就在支持与反对的两条平行线中来回论辩,并以支持派占上风的结果暂告一段落。

网络中立管制之所以陷入困境,其争议焦点在于:政府启动网络中立管制介入互联网的私人活动,在管制目的、手段上是否合乎法规范的要求?具体而言,管制的合法性是启动网络中立管制的起码要求。当互联网的管制架构随着技术事实的变动而调整时,这项变革如何在法规范体系上获得合法解释?由于针对通讯传播的管制并非自始就有抽象、一般性的预设标准可供参照,很难从法解释学的角度进行概念和理论的演绎。因此,本文拟结合受管制对象——互联网的特征,理清管制对象发生了怎样的变化,进而分析管制是否合法。

[18] Sam Gustin, *Landmark Verizon Net neutrality Case Tests Open Internet Rules*, TIME, Sept. 09, 2013.

## 二 美国对网络中立管制困境的讨论与对策

启动网络中立管制是基于公益考量而来,唯此公益内涵为何,需要结合具体的管制对象才能阐明。从管制目的来看,网络具有公共产品的特性,政府的管制能实现如下两项公共利益:一是在经济层面,促进网络科技创新与维护社会整体福利,有利于互联网产业的长远发展。二是在非经济层面,避免网络言论的同质化,促进信息自由流通与公民言论自由,维护民主协商和文化多元价值。但在威瑞森案的相关讨论中,这两方面的管制由于争议激烈而陷入困境,下面对此加以说明。

### (一) 经济层面的管制困境及其解决

网络中立管制的核心在于,适者生存的市场竞争最能促进科技创新,因此政府应当确保创新者无论规模大小、资历深浅,均能在网络市场上拥有公平竞争的机会。在网络非中立的市场环境下,运营商会向不同的网络内容提供者和消费者收费,并提供差别性服务。这种做法的益处是使运营商愿意扩大网络基础设施的投资,提高信息服务的质量,有效防止网络堵塞。但它也无可避免地带来两项弊端:

其一,推高网络科技创新的成本,打击网络内容提供者的创新积极性。网络创新产品由于质量千差万别、研发风险较大,投资收益率不高,因此需要互联网提供低成本的营商环境。<sup>[19]</sup> 运营商的差别对待尤其是歧视性收费,会削弱消费者对个性化服务的需求,提升网络商业经营成本,吓退原本有创新意图的网络内容提供者。

其二,人为限制某些有潜力的科技创新,破坏市场竞争环境。网络需要“保障自由竞争的存在,让最好的创新者存活下来,并确保市场始终被最优秀的竞争者所领导”。<sup>[20]</sup> 由于运营商有可能决定众多网络竞争市场主体的输赢,因此被视为潜在的防范对象。从实践来看,运营商使用其稳定的优势地位,歧视某些初创小公司或偏袒市场赢家,从而对竞争环境构成威胁。<sup>[21]</sup> 只有网络保持中立,才能避免这些差别对待阻碍互联网创新、不当强化互联网龙头企业的领先地位、限制小微型企业的生存发展。

由此可见,经济层面的管制侧重于消除市场准入障碍,避免占有优势地位的私人破坏公平竞争。如果单靠市场无法达到该目标时,政府应取缔不当的差别对待。但是反对者认为,网络中立管制会打击运营商根据市场需求升级网络、以及推出下代网络服务的积极性。如果投资减少和创新动力下降,最终损害的还是互联网发展与公共利益。而且还有人主张,网络中立管制是“空有解法却尚无问题”。网络的中立或非中立究竟对公平竞争和创新效率有何影响,尚无有力的实践证明。<sup>[22]</sup> 互联网科技的发展与变化难以预判,运

[19] Becker, G. S., Carlton, (2010), “Net neutrality and consumer welfare”, *Journal of Competition Law and Economics*, 6 (3):497-519.

[20] Patterson, M. R. (2010). The future of the internet: Non-network barriers to network neutrality. *Fordham Law Review*, 78, 2843-2872.

[21] 参见王以国:《网络中立管制在美国与欧盟的新发展》,台湾地区《科技法律透析》2010年第7期,第9-15页。

[22] Faull Haber, G. R. (2007). Network neutrality: The debate evolves. *International Journal of Communication*, 1, 680-700.

营商的差别对待是否损害互联网的健康发展、市场竞争及创新驱动等,目前并不明朗。贸然进行严格管制,将面临管制过度或者规范目标不明确的问题。如“全美支持网络(Hand-off the Internet)联盟”就认为差别对待是好是坏,应静观其变,实事求是地个案调查,不宜武断地一刀切。<sup>[23]</sup>

综上所述,美国关于网络中立管制是否增进公共利益的论争,正反观点实际是围绕着“科技创新”、“网络堵塞”和“服务品质”等问题,采取相互对立的考虑。诚如互联网创始者卡恩所言:“支持或者反对网络中立管制的观点均有一定道理,无法完全驳倒对方。”不过,美国法自威瑞森案以来正在向“原则管制,例外不管制”的趋势发展,这种立场显示出在互联网迅速发展的时代背景下,法律坚守网络开放与创新的公平价值。但是鉴于这种管制对个人自由造成的威胁,法律又以“公私益的平衡”为中心,承认网络中立管制存在着例外情形。

对于“原则管制,例外不管制”的操作模式,已有赫曼教授从“端对端(end-to-end)原则”的角度提出有力的说明。<sup>[24]</sup> 端对端原则是互联网的初始设计理念,要求将网络的智能留到互联网的终端,用户可以在开放的终端操作系统上积极创新,推动增值服务。但是,网络本身应当保持相对的愚笨,仅仅承担忠实传送信息资讯的功能。这是因为,网络环境的技术创新是自然演进的结果而非特定主体所决定,因此网络设备所有者、信息传输者应尽量减少人为干预。新思想与新发明只有借助中立的网络环境才能源源不绝地投入虚拟空间,进而产生巨大的外部效益。一旦网络设备的所有者干预和介入不同的信息内容与应用服务,网络的创新潜力势必削弱。历史发展表明,正是网络平台的中立特性才造就了网络产业的高速发展。社会若想稳固地保持互联网的开放和发展,就不应以牺牲网络中立为代价,对网络的管制放松采取冒进的态度。因此法律应在原则上固守网络中立的立场,避免不当的差别对待对科技创新和社会公益造成冲击。不过,政府的网络中立管制一旦影响到运营商对其基础设施的使用和收益,就构成对私人财产的准征收,需要给予适当的补偿。

接下来的问题是,究竟在“何种范围”、“何种程度”内可例外允许非中立的网络存在?对此问题的解决可从两个角度进行思考。

第一种是“应用类型平等”模式,即容许运营商出于防治网络堵塞等需要实施差别对待,但是不得额外收费,不得根据出价高低提供不同服务。这种模式引出对网络空间利用的公平性讨论。网络服务项目多种多样,视频服务、讲究即时性的语音服务等新兴程序需要消耗更多的流量。运营商若不封堵或者截流,势必使这部分用户挤占其他人的带宽,拖慢整体网速乃至造成网络堵塞。阿拉斯加州史蒂文斯参议员提出“网络不是垃圾桶而是通道”的著名口号,认为网络堵塞是由于互联网下载、传输信息的低成本诱发网民的超量使用,引起基础设施不堪重负所致。克里斯托弗教授提出,网络中立管制实际上是让广大网民为小部分用户买单,最终是损害大多数人的利益。<sup>[25]</sup> 因此为提高网络的公共服务效

[23] Marsden, C. T. (2007). *Net Neutrality and Consumer Access to Content*, scripted, 4(4), 407-435.

[24] Robert E. Litan & Hal J. Singer, Unintended Consequences of Net Neutrality Regulation, 5 *J. ON TELECOMM. & HIGH TECH. L.* 533, 533-572 (2007).

[25] Christopher S. Yoo, Network Neutrality, Consumers, and Innovation, 2008 *U. CHI. LEGAL F.* 179, 179-262 (2008).

能,运营商在可能发生网络堵塞的紧急情况下,有权封阻 P2P 程序、网络电话等特定用户。

第二种是“网络内容提供者平等”模式,即容许运营商额外收费,并为出价高的消费者提供优质服务,但是要对同类的网络内容提供者一视同仁,“没有人可以垄断接触服务的机会”。<sup>[26]</sup> 这种模式蕴藏的深层问题是基础设施的投资分担问题。新兴程序需要有稳定且畅通的管道来保障,例如同样的迟延时间丝毫不会影响到电子邮件,但却会给远程语音服务电话带来很大干扰。因此为保障服务品质,运营商需要给畅通性要求高的网络语音电话、视频服务设立快车道。但是网络平台并不完全是公共性空间,而是由很多私人的线路、节点连接而成,如威瑞森公司需要为每户家庭的上网支付 1500 美元的光纤铺设成本。<sup>[27]</sup> 作为基础设施所有者的运营商并不负有单纯地为公益服务的义务,有权通过分层服务和阶层化收费来盈利。因此,运营商有权向一部分程序用户收费并设立快速通道,为出价高的消费者提供优质服务。如果强调网络中立管制,极有可能挫伤运营商投资建网的积极性。不过,运营商不得因客户的来源或身份而予以差别对待。例如,运营商不能仅与某一用户签订独家协议,优先保障其网络语音电话服务。只要某一付费用户有机会选择走快速通道服务,所有同类用户都有权付费并选择走快速通道。

## (二)非经济层面的管制困境及其解决

网络中立管制之所以备受瞩目,还与运营商、网络服务商扮演的中介者角色日趋重要有关。在互联网发展早期,人们均乐观认为网民无需其他中介者就能和不特定多数人直接对话。如最高法院在“瑞诺案”判决中主张任何人借助网络就可成为“高谈阔论的发言者”,肯定网络具有大幅拓展公民发言渠道的功能。<sup>[28]</sup> 但是近年来,运营商、网络服务商在传播资讯之外,也通过经营搜索引擎、博客、影音服务等介入乃至控制网络言论环境,承担起“守门员”的角色。以控制与过滤网络内容为例,运营商、网络服务商可借助过滤垃圾邮件、阻断恶意程序等手段,屏蔽普通网民获取特定的信息资讯。但若滥用这种守门员的控制功能,就会对网络言论环境造成干扰与破坏。例如搜索引擎根据出价高低操弄搜索结果,对不同的资讯内容进行排序;社群网站根据其自身偏好,筛选与删除特定内容的言论。从促进民主政治和公众参与的角度来看,由于网络逐渐成为社会公众接受信息资讯的大众传媒,这种做法侵犯了公民的资讯近用权,并威胁到网络的开放与多元。

网络中立管制的关键在于为广大公众表达意见提供平台,避免运营商、网络服务商心存偏见而歧视、过滤或控制某种信息、言论,维护网络言论的多元化。但是反对者主张,网络中立管制侵犯了运营商、网络服务商作为新媒体的编辑裁量权。<sup>[29]</sup> 其主要理由如下:

第一,运营商、网络服务商作为新媒体享有言论自由。作为言论传输者的运营商、网

[26] Christopher S. Yoo, *Beyond Network Neutrality*, 19 *HARV. J. L. & TECH.* 1, 25 (2005).

[27] Tim Wu, *Why Have a Telecommunications Law? Anti-Discrimination Norms in Communications*, 5 *Journal on Telecommunication. & High Technology Law*. 15, 15 - 46 (2006).

[28] *Reno v. ACLU*, 521 U.S. 844 (1997).

[29] Kathleen M. Sullivan, *First Amendment Intermediaries in the Age of Cyberspace*, 45 *UCLA L. REV.* 1653, 1670 - 1673 (1998).



络服务商,身兼“创造资讯、汇编资讯、传播通道”等多重功能。它们不仅是个人言论的传播管道,还将个人信息、上传档案编辑、整理后存放于搜索网页,创造出新的言论。这些机构与传统平面媒体一样承担着完整呈现社会议题、表达多元观点的公共任务,政府不应对其筛选与编辑素材的裁量权加以干预。第六巡回上诉法院也曾在“福克斯公司案”中指出:有线、无线通讯、网络等服务机构可能滥用编辑裁量权,带来“不当审查私人言论”的疑虑。但是社会为维持媒体自主性与促进社会监督,应当容忍该风险。<sup>[30]</sup>

第二,稀缺传播资源的合理分配和有效使用。从互联网的物理特性来看,由于社会需求高于科技发展速度,导致网络流量资源处于匮乏状态。流量资源的有限性无法满足每一个想表达观点的网民,只有一部分网民能够获得表达机会。当发言机会有限时,允许某人发言势必妨碍、限制其他人使用同一传媒管道的机会。在此情况下,运营商、网络服务商的编辑裁量权对于言论表达者的筛选就显得十分必要。

一旦法律赞同运营商、网络服务商的编辑裁量权是促进而非阻碍言论自由,就会让网络中立管制遭遇到难以回避的困难。促进言论自由的网络中立管制被以侵犯言论自由为由宣告违宪,令人倍感意外。学者大多认为,这种悖论与第一宪法修正案关于言论自由保障的传统架构有关。<sup>[31]</sup> 该架构主张言论自由保障是公民与政府对峙的二元架构,政府应当维护公共论坛的开放性,尽量不要动用涉及到内容管制的手段,避免以言论冒犯别人、内容不被主流认可为由而压制言论。运营商、网络服务商也是言论自由主体,政府也要对其言论保持宽容,维护其自我表达的机会。但是在网络环境中,存在着由言论提供者、言论传输者组成的多元发言者局面。当不同发言者的合法权益发生冲突时,究竟谁才拥有使用公共论坛的机会就成为一个问题。遗憾的是,这项法理争议在威瑞森案中并未获得适当的解决。

其实回顾媒体的社会监督使命,就会发现媒体需要承担报道事实、提供公共讨论场合、事实批判三项基本功能。网络在后两项功能上堪与传统媒体媲美,但是就报道事实的功能而言,网络发展至今最为人诟病之处就在于难以反映事件真相。网络不可靠的资讯泛滥成灾,张贴的很多小道消息未经查证,其真实程度不得而知。社会公众虽然可以方便地获得片断的资讯,但是却容易在真相大白之前受到误导。因此,很多人呼吁网络使用者谨慎对待之,采用过滤机制洗涤匿名、低劣的信息言论。<sup>[32]</sup> 我们应当期盼谁来扮演过滤者的角色? 有人认为博客、BBS、社群网站等新媒体能够提高报道的真实可信性,促进民众理性思考和正确评判。

这个看似合理的推论,忽视了运营商、网络服务商的利益驱动本质。实践表明,运营商、网络服务商出于商业利益的需要,需要用贴合主流的言论来吸引受众,因而对非主流、批判性或冷僻的言论和事实真相进行忽略和打压。在非中立的网络环境中,运营商、网络服务商拥有显著的意见支配力量,极有可能滥用其技术、经济优势地位实施差别对待。

[30] *FCC v. Fox Television Stations*, 129 S. Ct. 1800, 1819, 1819 - 1822 (2009).

[31] Wu, T., & Yoo, C. (2007). Keeping the internet neutral? Tim wu and Christopher yoo debate. *Federal Communications Law Journal*, 59.

[32] Dan Gillmor, *We the Media-Grassroots Journalism by the People, For the People*, O'reilly Media Press 2004, p. 35.

一方面传播对其有利,或者符合其偏好的言论,另一方面排挤其他言论和事实真相,剥夺弱势网民的基本发言空间。社会公众也无法接收到公共讨论所需的事实数据和异议观点,讨论结果就会偏向同质、中庸,缺乏批判性。政府如果以放任的态度让运营商、网络服务商等言论传输者自我约束和管理,几乎不可能达到维持媒体自主性的效果。

因此,对运营商、网络服务商等言论传输者进行网络中立管制,具有确保报道事实真相、避免网络言论同质化的重要意义。<sup>[33]</sup> 有学者就将网络中立管制视为《电信法》保护言论自由的历史性机遇,称其为保护和促进言论自由做出巨大贡献。最高法院在“丹佛案”中早就认为,运营商等私人机构的言论审查将某些想法、事实列为禁忌,会束缚发现真理与公共辩论。<sup>[34]</sup> 国家应当优先保障那些易受伤害,但是却具有重要社会价值的言论提供者。网络已经从储存资料的“物理空间”进化成人们互动沟通的“精神空间”。每一个言论提供者都在通过连接网络寻求实现自我的机会。如果言论传输者对居于弱势的公民设置人为障碍,势必导致公民不得不放弃将网络作为自由发声的管道。从实现个人自决和追求民主的角度来看,优先保障言论提供者的言论自由具有积极意义。<sup>[35]</sup>

其实许多学者指出,言论传输者发挥的传输管道功能远大于其发言者功能,法律更需考虑信息自由流通的保障问题。信息自由流通是网络的重要属性,被形象比喻为“信息想要自由”。复制和分享信息资讯是网络存在的基础,没有信息的复制与分享,网络就无法运作。<sup>[36]</sup> 随着以“使用者参与”为特征的 Web2.0 时代的到来,网民从被动接受转向主动分享,网络成为信息交流、经验共享与情感沟通的“信息高速公路”。提供传输管道的运营商有权自主决定传输何种信息,这点毋庸置疑。但是这并不意味着运营商可滥用对网络平台的控制权,阻碍信息交流和文化传播。人们在网上有无限的选择,不必一味接受他人安排的固定内容。诚如最高法院在“瑞诺案”判决书中写明:“网络是一个独特而全新的全球大众沟通媒介。网络对不同信息的传播应是平等、非歧视的。”<sup>[37]</sup>

### 三 美国的网络中立管制困境对我国的启示

如何建立合理的网络中立管制模式确实是一大难题:一方面,如果彻底放任网络服务提供者的市场活动,在法律难以辨别“怎样的差别对待才算不合理”的情况下,很可能导致网络在金钱游戏中丧失公共性与创新性。另一方面,如果容许政府以有形之手来影响网络市场竞争者的优劣地位,又可能产生国家过度管制以及干预个人权利的危险。美国的法治实践表明,由于社会各方在“何为最恰当的管制”问题上尚未达成共识,导致网络中立管制陷入困境。但是,管制有助于“保障互联网的创新、平等和非歧视”的结论,已逐

[33] Robert E. Litan & Hal J. Singer, Unintended Consequences of Net Neutrality Regulation, 5 *J. ON TELECOMM. & HIGH TECH. L.* 533, 537-539 (2007).

[34] *Denver Area Educ. Telecoms. Consortium v. FCC*, 518 U.S. 727 (1996).

[35] Cass R. Sunstein, The First Amendment in Cyberspace, 104 *YALE L. J.* 1757, 1765 (1995).

[36] Phil Weiser, Toward a Next Generation Regulatory Strategy, 35 *LOY. U. CHI. L. J.* 41, 65 (2003).

[37] *Reno v. ACLU*, 521 U.S. 844 (1997).

渐获得社会共识。至于怎样创设出有效的管制量化措施乃是操作层面的难题,不应成为放弃管制的理由。

网络中立管制的困境与争议虽然发生在美国,但是相关问题却不是仅有美国人才会遇到。我国处于互联网发展初期,违反网络中立的实际情况比美国还要严重,我国的互联网治理被形象地比喻成“九龙治水”,但是执法监督的各方均忽视网络中立的重要性,面对下列争议往往是态度消极,无所作为:<sup>[38]</sup>

一是运营商针对消费者的歧视行为。如在“微信收费事件”中,电信试图对QQ、微信等网络增值服务提供商和消费者收取信令费,涉嫌不合理的额外收费。<sup>[39]</sup>在“中国移动WAP无限流量包月套餐纠纷”、“小灵通与中国联通的退网争端”中,移动暗中限制特定用户流量,涉嫌歧视增值服务的用户。<sup>[40]</sup>

二是运营商、网络服务商之间的相互歧视和不公平竞争行为。如在“微信封杀事件”中,腾讯在微信中捆绑自身的常规服务,排斥和屏蔽竞争对手的支付宝、虾米音乐等应用程序,强迫用户不予采用。<sup>[41]</sup>在“奇虎360插标案”中,安全软件企业把竞争对手的软件列为不安全级别,并建议消费者卸载。<sup>[42]</sup>

三是运营商、网络服务商的网络言论与信息审查。他们出于经济或其他方面的考虑,通过关闭账号、域名劫持、关键字过滤、网关IP封锁等方式,随意限制信息自由流通和言论表达。如在“百度竞价排名”事件中,搜索引擎根据出价高低的不同,将某些商家的搜索结果升级或降级,并造成虚假广告坑害消费者。<sup>[43]</sup>重庆市在2010年以“打黑”为由,联合网络服务商监控腾讯QQ群和民众短信等内容,引起舆论哗然。<sup>[44]</sup>

因此,我国也开始尝试引入网络中立的理念管理差别对待现象,保障网民消费者的权利,同时兼顾互联网产业创新与市场竞争。如2014年修改的《电信条例》提出加强对电信业务经营者资费行为的监管,建立健全监管规则。工信部出台《互联网信息服务管理办法》与《规范互联网信息服务市场秩序若干规定》,细化了网络服务提供者对企业或消费者的侵权认定标准。这些规范在一定程度上填补了法律空白,在执法监管和解决纠纷方面发挥了指导作用。

但是另一方面从美国的实践来看,适当的流量管理、额外收费等差别对待行为也是维护宽带上网品质所必需,符合互联网产业发展的现实需要。一些学者甚至提出网络中立管制在中国既无必要、也无可能的悲观论断。这就导致网络中立管制究竟怎样落实,让有关部门在理论和实务层面大费思量,不得其解。例如:对移动运营商的“定向流量收费服务”等价格歧视行为,到底是属于技术创新还是不正当竞争?网络电商之间的相互排斥或者不兼容行为,怎样才算是构成“恶意干扰”?运营商、网络服务商在决定采取屏蔽、阻

[38] 胡凌:《网络中立在中国》,《开放时代》2014年第5期,第81页。

[39] 孙远钊:《网络信令费与网络中立》,《电子知识产权》2013年第4期,第50页。

[40] 马源:《4G时代的网络中立》,《高科技与产业化》2014年7月号,总第218期,第35页。

[41] 祁驿:《微信任意封杀,就这么牛》,《大河报》2015年2月6日第3版。

[42] 李天真:《百度诉360插标案终审宣判,判决360赔偿40万》,《京华时报》2013年12月29日第2版。

[43] 笑蜀:《百度竞价排名是精神上的三聚氰胺》,《南方周末》2008年11月20日第5版。

[44] 姜明安:《监控短信和QQ有侵犯通信自由之嫌》,《潇湘晨报》2010年3月20日第3版。

断流量等措施时,合理的干预程度为何?应履行怎样的透明资讯程序,及时告知政府和消费者?工信部的互联网行业管理如何与消费者保护、反垄断法等机制相互衔接?

美国关于“网络中立管制”的法治论争,为我国的相关法治完善提供了有益参考。大致包括如下四个方面:

第一,尽快将网络中立管制的若干规则引入互联网立法。当前的网络管制立法架构简单粗糙,难以为实践提供有力指导。<sup>[45]</sup> 其实,法律如果能形塑出完善而明确的网络中立管制规则,有助于扭转网络治理规约原先的不确定性,进而影响到人们如何看待互联网发展、社会公益与消费者权益的态度,对全社会也有教育和指导意义。美国的“原则管制,例外不管制”操作模式从逻辑角度界定了差别对待的违法性要件,指明需要保障信息流通自由的法律底线,值得借鉴。

第二,加强对违反网络中立行为的执法监督机制,实现理想的事后监管。首先,作为电信业务监管部门,工信部应当仿照美国联邦通讯委员会有所作为。即使不能直接做出不利于运营商的实体决定,但是至少应当督促其提高信息的透明度,如接受公众质询和投诉、协助行政调查、披露控制内容和纠纷处理过程等。<sup>[46]</sup> 工信部还应从维护互联网健康发展和社会公益的角度划定红线,及时预防、发现和制止不当的屏蔽、阻断行为。

其次,国家工商总局与行业协会应当履行消费者权益保护和监督市场竞争职责,分析和研究违反网络中立的服务行为,预测和评估其对消费者的损害,避免互联网企业在“3Q大战”等相互恶斗中绑架社会公众。

最后,完善违反网络中立行为的公正司法机制。目前的问题主要是司法耗时较长,赔偿数额不高,导致诉讼成本远高于收益。因此,应当完善责任主体、行为要件、处罚与赔偿等规则,将侵犯消费者权益的相关网络恶性竞争案件纳入公益诉讼、集团诉讼等途径解决。

第三,加强对运营商、网络服务商的监管,保障网络审查制度的实施效果。我国尚处于社会转型时期,在涉及社会稳定与国家管理方面执行着“政府为主,网络服务机构为辅”的资讯管控政策。<sup>[47]</sup> 在清理网络谣言的活动中,人们默认运营商和网络服务商等网络服务提供者的地位不中立,要求其承担审查不良信息的积极作为义务。一方面,网络服务提供者拥有删除、屏蔽、断开链接等权力,如 2012 年《关于加强网络信息保护的決定》准许其“发现法律、法规禁止发布或者传输的信息的,应当立即停止传输该信息,采取消除等处置措施”。另一方面“微信反谣案”的实践表明,运营商、网络服务商一旦知晓侵权行为而未及时采取措施,就损害的扩大部分要承担连带责任。

但是,由于“法律、法规禁止”等概念的内涵非常模糊,导致运营商、网络服务商的审查权难以得到有效规范。有的为了规避连带责任风险,往往强化预先审查密度,过度钳制网络的言论自由,如“只要收到权利人发出的侵权告知,便不加判断地一律删除搜索结

[45] 李晖等:《全球网络中立进展及对 OTT 的影响》,《现代电信科技》2014 年第 3 期,第 33 页。

[46] 邹军:《网络中立:美国立法之困及启示》,《现代传播》2014 年第 12 期,第 123 页。

[47] 徐伟:《通知移除制度的重新定性及其体系效应》,《现代法学》2013 年第 1 期,第 36 页。

果”。<sup>[48]</sup> 还有的按照自身利益履行审查义务,如提供有偿删帖、网络关键词竞价排名等服务,在自身私利的驱动下不当操控网络言论环境。国家应当采取积极行动制约运营商、网络服务商,避免言论钳制所产生的寒蝉效应,维护网络追求的中立、开放性目标。

第四,强化平等透明的网络服务机制,确保信息的自由流通。美国在发展网络中立规制的过程中,大力强化网络服务提供者的资讯透明度,强调网络服务提供者的信息披露对社会公益的重要性,这部分尤其值得我国参考。当前,我国的网络市场具有高度的集中性,竞争并不充分。运营商和网络服务商都想方设法对互联网的流量与内容施加影响,试图将自己的收益与内容控制挂钩。<sup>[49]</sup> 从网络中立管制的角度出发,政府部门应定期检查运营商和网络服务商的流量管理措施,并课予其信息披露义务,要求其向社会说明:差别对待的对象选择、实施差别对待的理由、差别对待的收益是否用于基础设施建设等。

[本文为2013年国家社科基金青年项目“行政调查取证制度的规范化研究”(13CFX036);2014年上海市教育科学项目“青年学生的网络不当表达及其防治与教育模式研究”(B14007)的阶段性成果。]

---

[**Abstract**] Network neutrality regulation, which means the equal treatment of Internet content and visitors and focuses on transparency and prohibition of shielding and discrimination, is faced with a dilemma; on the one hand, if the government allows ICPs and ISPs to practice such differential treatments as restriction of flow and payment priority, it will undermine the principles of innovation, equality, non discrimination, and the freedom of speech on the Internet. But on the other hand, the strengthening of regulation may harm the development of the Internet industry and the overall interest of consumers. The approach taken by the U. S. to this dilemma is to “regulate as a rule and not to regulate as an exception” at the economic level and to “give priority to the freedom of speech of the providers of opinions over that of the transmitters of opinions” at the non-economic level. China needs to introduce network neutrality regulation system to regulate the practice of differential treatment, and to establish and improve a long-term law enforcement supervision system, so as to restrict service providers’ right to censor information and speeches, and increase the equality and transparency of the mechanism for the provision of Internet service.

---

(责任编辑:田 夫)

[48] 张新宝、任鸿雁:《互联网上的侵权责任》,《中国人民大学学报》2010年第4期,第45页。

[49] 陈富良:《网络规制背景的网络中立及互联网产业链变革》,《改革》2013年第2期,第40-43页;盛焱:《三网融合下的网络中立性探讨》,《广播电视信息》2012年第8期,第28-30页。